



Expediente 56/18, de 10 de octubre de 2018. Adquisición de productos de segunda mano y supuesto del artículo 168.c) 4º de la Ley 9/2017.

Clasificación de los informes: 14. Procedimiento de adjudicación. 14.2. Procedimiento negociado. 18. Otras cuestiones de carácter general.

ANTECEDENTES

La Alcaldesa-Presidenta del ayuntamiento de Horcajo de los Montes ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“Desde este Ayuntamiento nos gustaría exponerles la siguiente situación:

Esta Entidad cuenta con una subvención destinada a acondicionar un local municipal para gimnasio y dotarlo de los aparatos y maquinaria necesarios para esta finalidad.

El acondicionamiento del local se lleva la mayor parte de la subvención y el resto, 16.000 €, es el importe del que disponemos para adquirir los aparatos y máquinas gimnásticas.

Hemos contactado con proveedores de estos aparatos y, por ese precio, y de segunda mano, apenas nos ofrecen una dotación mínima de lo que podría considerarse un gimnasio "completo".

Por otro lado, somos conocedores de que actualmente hay particulares que han tenido en funcionamiento gimnasios y los han cerrado. Precisamente, estas personas, por cese de negocio y actividad, ofrecen el material de estos gimnasios, (máquinas-aparatos), a unos precios mucho más asequibles, incrementando incluso la calidad de los aparatos, (mejores marcas), la cantidad que ofrecen y la variedad.

A tenor de lo expuesto y en estas circunstancias, (considerando que para el Ayuntamiento resultaría mucho más ventajoso adquirir estos bienes de empresarios que han cesado en su actividad), nos gustaría plantear a esa Junta Consultiva las siguientes cuestiones:

.-¿Podría el Ayuntamiento adquirir estos bienes, de segunda mano, a particulares



en vez de a un proveedor?

.-¿Se podría entender que este supuesto tendría cabida en lo establecido en el Artículo 168.c). 4º de la Ley 9/2017?”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. El Ayuntamiento de Horcajo de los Montes dirige una consulta a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado acerca de la posibilidad de adquirir bienes de segunda mano a particulares que no ostentan la condición de proveedores y de la delimitación del supuesto contemplado en el artículo 168.c) 4º de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

2. En primer lugar, y antes de entrar a analizar el núcleo fundamental de la consulta, es necesario poner de relieve que, según el cuerpo del escrito que remite el Ayuntamiento de Horcajo de los Montes, el hipotético contrato a adjudicar se enmarca dentro de un gasto subvencionable. Consecuentemente, como ya puso de manifiesto esta Junta Consultiva en su Informe 38/09, de 1 de febrero de 2010, este tipo de contratos habrán de regirse complementariamente por la normativa que regula la especialidad de ambas materias, esto es, la LCSP y la Ley 38/2003, de 11 de noviembre, General de Subvenciones.

3. Asimismo, y aunque la consulta planteada no presenta dudas al respecto, conviene aclarar que no existe ninguna disposición en la legislación de contratos que impida la adquisición de suministros de segunda mano. El hecho de que el órgano de contratación admita bienes no originales se enmarca en la libre configuración de su propia voluntad negocial, por supuesto respetando los límites legales en la definición de las necesidades a satisfacer por virtud del contrato y en la determinación de las características técnicas de los productos a suministrar (ver, entre otras, la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 245/2016), siempre y cuando dicha discrecionalidad no vulnere lo dispuesto en el artículo 126.1 LCSP: *“Las prescripciones técnicas [...] proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de*



contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia”.

4. Entrando ya en el análisis de la cuestión planteada por el Ayuntamiento de Horcajo de los Montes, cabe indicar que la duda respecto a quiénes pueden ser adjudicatarios en un contrato de suministros se resuelve en cualquier contrato público apoyándose en el concepto general de la aptitud para contratar. La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público —al igual que hacían sus predecesoras— fundamenta, en su artículo 65, la citada aptitud en tres pilares: capacidad de obrar, no existencia de prohibiciones de contratar y acreditación de los requisitos de solvencia. A todos ellos cabría añadir la exigencia, por la propia naturaleza del contrato, de otros requisitos normativos o de la necesidad de contar con un título habilitante específico. Como es lógico estos requisitos deberán ser cumplidos por todos los licitadores, sean personas físicas o jurídicas, teniendo en cuenta además que, para estas últimas, las prestaciones del contrato a adjudicar deberán estar comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios. (Artículo 66 LCSP). Además cabe recordar que por lo que se refiere en particular a la exigencia de solvencia en los contratos de suministro, no siendo preceptiva la clasificación empresarial, los medios para acreditar la solvencia serán los establecidos en los artículos 87 (económica y financiera) y 89 (técnica), sin perjuicio de que en los contratos no sujetos a regulación armonizada el órgano de contratación pueda admitir otros medios de manera justificada.

5. Como consecuencia de la anterior idea fundamental, para licitar con cualquier entidad pública hay que cumplir las condiciones legales y aquellas que dicha entidad haya determinado conforme a la naturaleza de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato. Tales condiciones serán más o menos exigentes según las características de la prestación que satisface las necesidades de la entidad contratante, conforme al interés público que se quiere satisfacer mediante el contrato.

6. El artículo 168.c) 4º de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, permite acudir al procedimiento negociado sin publicidad para contratos de suministro *“cuando se trate de un suministro concertado en condiciones especialmente ventajosas con un proveedor que cese definitivamente en sus actividades comerciales, o con los administradores de un concurso, o a través de un acuerdo judicial o un procedimiento de*



la misma naturaleza”. En estos supuestos cabría apreciar alguna posible excepción procedimental en la selección del contratista (en la medida en que cabe acudir al procedimiento negociado sin publicidad). La terminología legal es explícita y clarificadora en el sentido de que la excepción fundada en el cese de la actividad se refiere a proveedores lo que, de conformidad con el requisito general de que el contratista persona jurídica tiene que tener en su objeto social la realización de la actividad en que consiste el contrato público, se refiere a entidades que se dedicasen habitualmente a la prestación propia del contrato. En el caso que nos atañe no parece que pueda sostenerse la concurrencia de tal condición pues la propia consulta nos habla de “*gimnasios*”, por lo que no parece que su objeto social comprenda el suministro de los bienes cuya adquisición interesa al consultante.

Entiende esta Junta Consultiva que lo que no cabe excepcionar en estos supuestos es la obligación de cumplimiento de los requisitos de aptitud para contratar. A este respecto es necesario señalar que desde una perspectiva teleológica, este supuesto excepcional de procedimiento negociado sin publicidad debe ser interpretado (al igual que el resto de supuestos contenidos en los artículos 167 y 168) de manera restrictiva, en orden a permitir el estricto cumplimiento de los principios rectores de la contratación pública.

7. Teniendo en cuenta lo expuesto podemos concluir que, toda vez que el requisito de aptitud para contratar se erige en esencial y que la especialidad invocada del artículo 168.c).4º LCSP lo es respecto al procedimiento de adjudicación, los licitadores cesantes en actividad a los que el órgano de contratación pretenda recurrir —con la finalidad de negociar el contrato de suministro de equipamiento de gimnasio en condiciones ventajosas— deberán acreditar que el citado suministro específico formaba parte del objeto social o fines de la empresa (o de su actividad si se tratase de una persona física) con anterioridad al acaecimiento del cese.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES



1. El cumplimiento de la aptitud para contratar consistente en la acreditación de capacidad de obrar, no estar incurso en prohibición de contratar y contar con la solvencia exigible es un requisito imprescindible para poder contratar con el sector público.
2. También lo es que las prestaciones objeto del contrato estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales en el caso de las personas jurídicas, sean propios de los licitadores concurrentes.
3. Los licitadores que hayan cesado en su actividad a los que el órgano de contratación pretenda recurrir amparándose en el supuesto previsto en el artículo 168.c) 4º de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, deberán acreditar que el suministro a prestar formaba parte del objeto social o fines de la empresa, o de su actividad si se trata de una persona física, con anterioridad al acaecimiento de aquel cese.